Der Schadenersatz wegen Nichterfüllung beim Werkvertrag

nach § 635 des Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde
– der juristischen Fakultät der –
Universität Breslau vorgelegt von

Max Mannaberg

Referendar.

Breslau 1911

Druck: Schlesische Druckerei-Genossenschaft, e. G. m. b. H., Tauentzienstraße 49.

Gedruckt mit Genehmigung der juristischen Fakultät
der Universität Breslau.

Referent: Professor Dr. Schott.
Korreferent: Professor Dr. Leonhard.

Meinen lieben Eltern!

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41543115_0097

Inhalt.

Seite:

A. Die Voraussetzungen des Schadenersatzes.

1. Werkvertrag:
   a) Abgrenzung vom Dienstvertrag, § 1 . . . . . 7—11
   b) Abgrenzung vom Kauf, § 2 . . . . . 11—13
2. Der Sachmangel, § 3 . . . . . 13—14
3. Die Gefahr, § 4 . . . . . 14—17
4. Die Gewährleistung, § 5 . . . . . 18—20

B. Der Inhalt des Anspruchs.

1. Seine subsidiäre Natur, § 6 . . . . . 21—22
2. Das Verschulden, § 7 . . . . . 22—25
3. Die Stellung zu den allgemeinen Schriften, § 8 . . . 25—28
4. Die Mittelbarkeit und Unmittelbarkeit des Schadens, § 9 28—31
5 Der Umfang des Schadens und die Art seines Ersatzes, § 10 32—35
6. Die Verpflichtung des Bestellers, § 11 . . . . . 35—40

C. Die Verjährung und der Fortfall des Anspruchs.

§ 12 . . . . . 41—43

A. Die Voraussetzungen des Schadenersatzes.

1. Der Werkvertrag.

§ 1.

Abgrenzung vom Dienstvertrag.

Seit den Tagen der Römer erscheint unter denjenigen gegenseitigen obligatorischen Verträgen, in welchen der eine Teil die Leistung von Arbeit, der andere die Leistung von Entgelt verspricht, als bedeutsamster Gegensatz der zwischen Dienst- und Werkvertrag[1]).

Zwar geht aus dem Gesetz selbst der begriffliche Unterschied zwischen beiden deutlich hervor: beim Werkvertrag wird das Arbeitsergebnis, die Herstellung des Werks, der Gefahr der Unternehmung versprochen, beim Dienstvertrag die Arbeit als solche, die als blosse Vorbereitungshandlung nur das Mittel zu einem, nicht zur Vertragsbedingung erhobenen, oft gar nicht ersichtlichen Erfolge darstellt (§ 631, § 611 BGB.). Trotzdem wird tatsächlich in vielen Fällen die Beurteilung des vorliegenden Vertrags zweifelhaft sein[2]).

Der übereinstimmenden Merkmale beider sind ja nicht wenige[3]): beide verpflichten sie – wie bereits hervorgehoben – den einen Teil zu einer Tätigkeit höherer

---

[1]) Lotmar, Der Arbeitsvertrag, 1908, Bd. 2, S. 32 ff.

[2]) Motive, Bd. 2, S. 471. — Rümelin, Dienst- und Werkvertrag, S. 1.

[3]) Emerich, Kauf- und Werklieferungsvertrag, S. 5.

oder niederer Art[1]), den anderen zur Entrichtung einer Vergütung[2]), beide sind sie mit einer Gebrauchsüberlassung verbunden und können Dienste ein und derselben Art zum Gegenstand haben: die Benutzung einer Droschke zu einer Spazierfahrt oder einer Fahrt nach einem bestimmten Ort, z. B. dem Bahnhof.

Beide sind sie vor allen Dingen historisch auf das engste miteinander verknüpft[3]): schon das römische Recht vereinigte sie unter ein und derselben Gruppe der locationes[4]).

Um so bemerkenswerter sind hiernach die Unterschiede ihrer rechtlichen Behandlung, die durch die Einzelbestimmungen des BGB. erhöhte Bedeutung erhalten haben. So ist die Frage, ob Dienst- oder Werkvertrag vorliegt, von besonderer Wichtigkeit beim Kündigungsrecht: der Dienstschuldner, nicht aber der Werkunternehmer, kann aus jedem wichtigen Grunde sich seiner Arbeitspflicht entledigen (§§ 626, 627 vgl. m. 643, 649 BGB.), er darf ferner zur Leistung der versprochenen Dienste nicht durch Zwangsvollstreckungsmassregeln angehalten werden (§ 888 ZPO.).

Das Gesetz sieht ihn im Vergleich zu dem Werkunternehmer als den wirtschaftlich Schwächeren an und hat ihn durch zwingendes Recht vielfach geschützt (§§ 617, 618 BGB.).

---

[1]) Die Unterscheidung von operae illiberales gegen ein merces und operae liberales gegen ein honorarium — es lag nach der herrschenden Meinung im letzteren Falle ein mandatum vor (Dernburg, Pand., § 113) — ist für das heutige Recht weggefallen.

[2]) Über ihre stillschweigende Vereinbarung siehe § 632 BGB., sonst handelt es sich um Auftrag.

[3]) Oertmann, Das Recht der Schuldverhältnisse, 1906, S. 590.

[4]) Über die Frage, ob die locatio cond. operis nur einen Fall der locatio cond. operarum darstellte, siehe Dernburg, Pand. 2, § 113, Anm. 3.

Während der Dienstvertrag [1]) den sozialen, das Unternehmertum beschränkenden Strömungen Rechnung trägt, stehen die Bestimmungen des Werkvertrags im Zeichen des Verkehrs und unterliegen der Abänderung durch Parteivereinbarung. Hiergegen und insbesondere gegen die für den Werkunternehmer harte Regelung [2]) der Gefahrtragung (§ 644 BGB.) ist mehrfach rechtspolitisch und dogmatisch Widerspruch erhoben worden [3]).

Bei einer so weit gehenden Divergenz der rechtlichen Folgen für die Beteiligten, je nach der Annahme eines Dienst- oder Werkvertrags, sind die Bestrebungen, aus dem Vorhandensein von tatsächlichen Merkmalen auf die Begriffe selber zu schliessen, zahlreich gewesen.

So ist aus dem Mass der zu leistenden Arbeit, je nachdem sie zeitlich bestimmt oder dem Ermessen des Verpflichteten anheim gestellt ist, auf das Vorliegen eines Dienst- oder Werkvertrags geschlossen worden. M. a. W.: der Werkunternehmer soll im Gegensatz zum Dienstverpflichteten selbständig seine Anordnungen treffen können [4]).

Dies ist jedoch nicht immer der Fall [5]).

Auch der im wesentlichen selbständige Arzt oder Anwalt ist in der Lage, einen Dienstvertrag zu schliessen,

---

[1]) Hachenburg, Dienst- und Werkvertrag, S. 44 f., 66. — Oertmann a. a. O., S. 59.

[2]) Gegen eine Neuregelung Oertmann, a. a. O., S. 655.

[3]) Die Frage, ob der Werkunternehmer vielleicht als Äquivalent für seine ungünstige Stellung gegenüber dem Besteller — das Eigentum an dem Stoffe durch Verarbeitung erwirbt (§ 590 BGB.) und nur obligatorisch zu dessen Übertragung verpflichtet ist, ist in dem Rahmen der Arbeit nicht zu erörtern. Vergleiche darüber Schöller bei Gruchot, Bd. 46, S. 258. — Oertmann, a. a. O., S. 634, 638. — Crome, Lehrbuch, S. 278 Anm. 12.

[4]) Riezler, S. 41 ff.

[5]) Rechtsprechung d. Oberl.-Ger., Bd. 12, S. 270. — Oertmann, S. 589.

und braucht sich nicht notwendigerweise durch einen Werkvertrag zu verpflichten.

Ebenso lässt sich aus der Art und Weise der vereinbarten Vergütung nichts folgern, wenn auch beim Dienstvertrag der Zeitlohn, beim Werkvertrag der Stücklohn die Regel bilden wird[1]). (Vgl. aber §§ 614, 613 BGB.)

Der Stücklohn an und für sich stempelt nicht die Vereinbarung zu einem Werkvertrag: sonst könnte der Akkordarbeiter unter Berufung darauf, dass er um so weniger Lohn beanspruche, unpünktlich bei der Arbeit erscheinen oder ganz wegbleiben[2]).

Auch der Wille der Vertragschliessenden, die Vergütung für jeden Fall oder nur für den des „Erfolgs" zu zahlen, ist nicht immer massgebend[3]): wenn der Maler die Anfertigung eines Bildes gegen eine Anzahlung übernommen hat unter der Vereinbarung, es bei Misslingen ohne Rückerstattung des Empfangenen vernichten zu dürfen, ist er Werkunternehmer, nicht Dienstverpflichteter[4]).

So sind die angeführten Versuche, die beiden Begriffe durch Hinzufügung eines neuen Merkmales zu kennzeichnen, zwar nicht geglückt, immerhin werden sie jedoch oft für die Entscheidung, ob ein Dienst- oder Werkvertrag vorliegt, von hoher Bedeutung sein. Im Zweifel wird die Annahme eines Dienstvertrags den Vorzug verdienen[5]), da eine Übernahme der Gefahrtragung durch den Unternehmer nicht anzunehmen ist.

Eine Vermutung für den Werkvertrag liegt meines Erachtens stets dann vor, wenn der Verpflichtete mit der Arbeitsleistung einen Dritten betrauen darf.

Nach dem allgemeinen Prinzip des § 267 BGB. ist

---

[1]) Hachenburg, S. 41.
[2]) Unger, Entscheidung des Gew.-Ger. Berlin, 1898, S. 12.
[3]) Riezler, S. 43.
[4]) Cosack, Lehrb., S. 535.
[5]) Riezler, S. 43.

ihm dies gestattet, soweit nicht Vereinbarungen oder sonstige Umstände ein anderes ergeben[1] [2]). Der Dienstverpflichtete hat dagegen im Zweifel stets in Person zu leisten (§ 613 BGB.).

Für den Werkvertrag ist es heute (anders das ALR. 1, 11 §§ 928, 929) durchaus nicht wesentlich, dass vom Unternehmer das Werk persönlich oder unter seiner persönlichen Leitung hergestellt wird.

Ist er nach dem Gesagten berechtigt, einen Ersatzmann zu stellen, so hat er hiermit mangels der Annahme eines entgegenstehenden Parteiwillens seine Verpflichtung aus dem Vertrage erfüllt und nur ein ihm bei der Auswahl der betreffenden Person zur Last fallendes Verschulden zu vertreten, während er für einen blossen Gehilfen nach § 278 BGB. absolut haftet[3]).

§ 2.

Abgrenzung vom Kauf[4]).

Das Verhältnis der Parteien zu dem Stoffe, aus welchem das zu liefernde Werk hergestellt werden

---

[1]) Bei Gewährung eines Arbeitsanteiles als Vergütung, die den Hauptzweck hat, den Unternehmer zu besonders hervorragenden Leistungen anzuspornen, wird oft eine Weitergabe den Interessen des Bestellers widersprechen und ausgeschlossen sein. — Crome, Partiarische Rechtsgeschäfte, S. 293. — Jehrings Jahrb. f. Dogm., Bd. 13, S. 305

[2]) Nach Dankwardt fällt dagegen ein solcher „Entreprisevertrag“ nicht in die Begriffssphäre der loc. cond. operis, sondern ist nach Analogie des Lieferungskaufs zu behandeln. Dagegen die herrschende Meinung. — Riezler, S. 18. — Cosack, S. 533. — Motive, Bd. 2, S. 472, 473. — Crome, a. a. O., S. 292—98. — Ehrenberg, S. 272. — Oertmann, S. 267 d, S. 631 1a.

[3]) Vergl. Crome, S. 294.

[4]) Verpflichtet sich der Unternehmer, das Werk aus einem von ihm ganz oder zum Teil zu beschaffenden Stoffe herzustellen, so kommen, je nachdem es sich um vertretbare oder nicht vertretbare Sachen handelt, die nicht blosse Zutaten darstellen, auf einen solchen Vertrag die Regeln des Kaufs ganz oder zum Teil

soll, ist für die Abgrenzung des Werkvertrags vom Kauf nicht massgebend[1]).

Die Lieferung des Stoffes seitens des Bestellers ist unwesentlich für den Begriff des Werkvertrags, andererseits lässt seine Beschaffung durch den Unternehmer nicht auf das Vorliegen eines Kaufs schliessen.

Der Unterschied beider Begriffe[2]) liegt vielmehr darin, dass beim Werkvertrag der Unternehmer sich zur Herstellung einer Arbeit, der Herbeiführung eines Arbeitserfolges verpflichtet, und sein facere den Gegenstand des Vertrags bildet, während der Verkäufer eine schon fertig existierende oder gar erst zur Entstehung gelangende Sache dem anderen Teil in der Art zu verschaffen hat, „dass es nicht in Betracht kommt, ob er Selbstgefertigtes oder von Dritten Erworbenes liefert."

Je nachdem das stoffliche fabrikmässige oder andererseits individualistische Moment in den Vordergrund tritt, wird man sich für das Vorliegen eines Kaufs oder Werkvertrags entscheiden.

Die praktische Bedeutung des in vielen Fällen schwierigen Unterschieds — der Verkäufer hat z. B. vertretbare Sachen selbst anzufertigen — ist dadurch stark abgeschwächt worden, dass, wie bereits hervorgehoben (vergl. Note 1), beim Werklieferungsvertrag die Vorschriften über den Kauf ganz oder zum Teil entsprechende Anwendung finden[3]).

zur (entsprechenden) Anwendung, BGB. § 651. Das Gesetz sagt keineswegs, dass in solchen Fällen ein „Kauf" vorliegt, sondern will nur dessen Regeln beobachtet wissen. Die herrschende Meinung spricht von einem „Werklieferungsvertrag". — Oertmann, Anm. 3, § 651 BGB.

[1]) Vergl. Note [4]) der S. 11, sowie Ehrenberg, in Jehring S. 253 ff. — Motive, Bd. 2, S. 474

[2]) Emerich, Kauf- und Werklieferungsvertrag, S. 5. — Riezler, S. 41. — Motive, Bd. 2, S. 474 f.

[3]) Riezler, S. 53.

Verschieden bei beiden Begriffen ist jedoch nicht allein der Inhalt der Leistungspflicht, sondern auch ihr Objekt. Gegenstand des Kaufs sind nur Sachen oder Rechte[1]), Gegenstand des Werkvertrags, kann jedoch die Herstellung oder Veränderung einer Sache als ein anderer durch Arbeit oder Dienstleistung herbeizuführender Erfolg sein (§ 631 Abs. 2 BGB.), der insbesondere in einem geistigen Effekt, einem immateriellen Opus[2]) (Unterweisung, Veranstaltung eines Konzerts, Abgabe eines Gutachtens, Transport einer Sache) bestehen kann. Einem solchen Werk fehlt die Dauer-Existenz: „Es ist selbst mit seiner Herstellung identisch und zerrinnt mit ihrer Vollendung.“[3])

2. Der Sachmangel[4]).

§ 3.

Das vom Unternehmer hergestellte Werk ist mangelhaft, wenn es entweder nicht die zugesicherten Eigenschaften hat, oder mit Fehlern behaftet ist, die seinen Wert oder seine Tauglichkeit zu dem gewöhnlichen oder dem nach dem Vertrage vorausgesetzten Gebrauch

---

[1]) Auf den Verkauf anderer Gegenstände (Fischzug!) werden die §§ 433 ff. BGB. nur entsprechende Anwendung zu finden haben. — Oertmann, Vorb. § 433 BGB.

[2]) Rümelin, S. 147, 151 ff. — Motive, Bd. 2, S. 506. — Oertmann, Vorb. zu § 631.

[3]) Oertmann, Anm. 2a. § 640 BGB.

[4]) Für Mängel im Recht ist beim Werkvertrag im Gegensatz zum Kauf wenig Raum übrig. Der Werklieferungsvertrag ist ohnehin nach den Vorschriften des § 651 BGB. zu beurteilen. Liefert der Unternehmer Zutaten oder sonstige Nebensachen, so wird der Besteller, wenn nicht nach § 932 BGB, so doch mindestens nach §§ 946, 947 BGB. das Eigentum daran erwerben. Trifft dies ausnahmsweise nicht zu, so werden mangels einer ausdrücklichen Regelung die Rechtsmängel den Sachmängeln entsprechend zu behandeln sein. Undenkbar ist ihr Vorkommen beim unkörperlichen Werk. — Oertmann, Anm. § 633, S. 634.

aufheben, oder — auch nur unerheblich — mindern (vgl. § 633 Abs. 1 BGB., § 459 BGB.).

Wann diese Voraussetzungen zutreffen, kann nur der Einzelfall ergeben. Zu betonen ist, dass es nur auf den nach dem Vertrage, nicht aber einseitig vom Besteller vorausgesetzten Gebrauch ankommt. Die Windscheidtsche Theorie von der Voraussetzung, die die Auffassung hat auftauchen lassen, dass ein nicht zum Bestandteil der Willenserklärung erhobener Vorbehalt beachtbar sei, wenn ihn nur der Käufer bzw. Besteller gewollt, und dies der andere Teil erkannt habe, abgelehnt worden[1]).

Dass auch das unkörperliche Werk mangelhaft sein kann (das Lied wird falsch gesungen und bietet einen zweifelhaften musikalischen Genuss, der Gegenstand wird zu spät transportiert), sei kurz hervorgehoben[2]).

3. Die Gefahr.

§ 4.

Der äusserste Zeitpunkt, bis zu welchem der Unternehmer das Vorhandensein von Mängeln des ganz oder teilweise vollendeten Werks zu vertreten hat, ist seine Abnahme oder, wenn diese nach seiner Beschaffenheit ausgeschlossen ist, seine Vollendung. (Vgl. §§ 644, 646 BGB.)[3])

Irgend welche Schadenersatz- oder sonstige Ansprüche **nach** diesem Zeitpunkte aus durch Zufall oder Verschulden Dritter entstandenen

[1]) Oertmann, § 459 BGB., S. 365.

[2]) Riezler, S. 123.

[3]) Beide Begriffe sind nicht allein für den Gefahrübergang, sondern auch insbesondere für die Fälligkeit der vom Besteller geschuldeten Vergütung (§ 641 BGB.) und für den Beginn der Verjährung der Mängelansprüche (§ 638) von Bedeutung.

Fehlern können gegen den Unternehmer nicht hergeleitet werden[1] [2]).

Dafür trägt er bis dahin die Gefahr, den selbst durch Zufall herbeigeführten Verlust[3]), und büsst ganz oder teilweise gegebenenfalls den Anspruch auf die Gegenleistung ein[4]). Von diesem strengen Grundsatz kennt das Gesetz einige Ausnahmen (§§ 644, 645 BGB.): die Gefahr geht auf den Besteller über, wenn er in Annahmeverzug gerät[5]). Für den zufälligen Untergang und die zufällige Verschlechterung des vom Besteller gelieferten Stoffes ist der Unternehmer ferner nicht verantwortlich. Er behält ganz oder teilweise seinen Anspruch auf Vergütung, wenn das Werk infolge eines Mangels des vom Besteller gelieferten Stoffes oder einer von ihm für die Ausführung erteilten Ausführung verschlechtert, unausführbar wird oder untergeht (§ 645 BGB).

Versendet er schliesslich das Werk auf Verlangen des Bestellers nach einem anderen Ort als den Erfüllungsort, so geht bereits mit der Absendung die Gefahr auf den Besteller über (§ 644 Abs. 2 BGB.).

Der Begriff der „Abnahme" beim Werkvertrag selbst ist ausserordentlich bestritten[6]).

---

[1]) Motive, Bd. 2, S. 500.

[2]) Von dem besonderen Inhalt des Vertrags hängt es ab, ob, wenn eine neue Ausführung des Werks an sich möglich ist, der Unternehmer zu einer Neuherstellung berechtigt und verpflichtet ist (Baugerüst!). — Motive, Bd. 2, S. 499. — Oertmann, Anm. 1b, § 644 BGB.

[3]) Umsomehr auch den verschuldeten.

[4]) Ein vergebliches Bemühen ist es, diese Regelung aus dem Wesen des Werkvertrags heraus ableiten zu wollen. — Riezler, S. 143. A. A. dagegen: Motive, Bd. 2. — Oertmann, Anm. 3, § 644 BGB.

[5]) Oertmann, Anm. 3a, § 644 BGB.

[6]) Über diese schwierige Frage und die umfangreiche Literatur s. besonders Oertmann, Anm. zu § 640 BGB.

Zwei Hauptansichten stehen einander gegenüber: die Vertreter der einen Meinung sehen in der „Abnahme“ die tatsächliche Übergabe an den Besteller[1]).

Demgegenüber erblickt mit Recht die herrschende Ansicht in ihr die Annahme als Erfüllung, die dem Besteller wegen erst nachher geltend gemachter Mängel nach § 363 BGB. die Beweislast auferlegt, ihn aber sonst mit seinen Rechten nicht ausschliesst[2]).

Gegen die zweite Auffassung ist besonders ins Feld geführt worden, dass sie den Unternehmer bei einem ungerechtfertigten Ausbleiben der Billigung länger als billig mit der Gefahr belastet.

Der Unternehmer ist jedoch demgegenüber in der Lage, die Abnahme durch Klage zu erzwingen, zudem geht bereits durch den vorliegenden Annahmeverzug des Bestellers die Gefahr auf ihn über (§ 644 BGB.)[3]).

Auch eine Verschiedenheit des Sprachgebrauchs von „Abnahme“ und „Annahme“ liegt nicht vor. Sie ist vielmehr ein und dieselbe Handlung, je nachdem man sie vom Standpunkt des Schuldners oder des Gläubigers aus betrachtet[4]).

Für die herrschende Meinung spricht auch insbesondere der Umstand, dass der Unternehmer, noch ehe die Verjährungsfrist abgelaufen (§ 638 BGB.), vor Geltungmachung von Mängelansprüchen gegen ihn durch

[1]) So insbesondere Dernburg, Bd. 2, § 318.

[2]) So insbesondere Protokolle, Bd. 2, S 317. – Schöller, bei Gruchot, Bd. 46, S. 36—42. — Entsch. d. R.-G. Bd 57, S. 338. — Titze, S. 299 ff. — Oertmann, a. a. O.

[3]) Zuzugeben ist, dass, wenn zur Abnahme eine Billigung gehört, der Besteller wegen eines geringfügigen Fehlers die Abnahme und hiermit den Gefahrübergang auf ihn, die Verjährung usw. hinausschieben kann, jedoch nur insoweit, als sein Verhalten nicht Treu und Glauben widerspricht. — Vergl. Seuffert, Bd. 59, Nr. 77, S. 140.

[4]) So auch Oertmann, Anm. 1b zu § 640.

Umkehrung der Beweislast zu seinen Gunsten (s. oben § 363 BGB.) einigermassen sichergestellt sein muss[1]).

Eine Mittelmeinung sieht endlich in der „Abnahme" eine Annahme, die auf Grund derjenigen Übergabe des Werks erfolgt, die dessen Prüfung durch den Besteller ermöglicht.

Eine solche „Ablieferung" ist aber keineswegs immer mit der Abnahme identisch. (Der Besteller, welchem z. B. die angefertigten Schuhe ins Haus geschickt werden, hat vor der Anprobe, zu der er nicht immer gleich in der Lage ist, nicht abgenommen!) Zudem ist nach dem Gesagten dem Unternehmer durch die blosse Prüfungsmöglichkeit, wenn er gegen den Besteller einen Anspruch auf Billigung hat, wenig gedient[2]).

Dass die Annahme als Erfüllung aus einer vorbehaltlosen Übernahme oft stillschweigend zu entnehmen ist, braucht nicht besonders betont zu werden.

Ist die Abnahme nach der Beschaffenheit des Werks ausgeschlossen, so tritt an ihre Stelle – mit ihr entfällt auch die Billigungspflicht – seine Vollendung (§ 646 BGB.)[2]).

Auch der Kreis solcher nichtabnahmefähiger Werke ist bestritten[3]).

Nicht die Möglichkeit einer körperlichen Wegnahme oder Hingabe ist hier entscheidend, vielmehr die „allgemeinere Möglichkeit einer physischen Übernahme", die z. B. bei Reparaturarbeiten an dem Hause des Bestellers gegeben ist. Als nicht abnahmefähig kommen daher meistens immaterielle Werke in Betracht[4]).

---

[1]) Vergl. für den Kauf § 460 BGB. — Cosack, Lehrbuch, § 148.

[2]) Oertmann, Anm. 2 B zu § 640 BGB.

[3]) A. A. Planck zu § 640 BGB. — Kisch, S. 40 u. a.

[4]) Oertmann, Anm. 2a zu § 640. — Riezler, S. 137. — Rechtsprech. der O.-G., Bd. 6, S. 84.

4. Die Gewährleistung.

§ 5.

Im Gegensatz zum Kauf erstreckt sich die vertragsmässige Leistungspflicht des Unternehmers auch auf die Freiheit der Sache von Mängeln, unter Umständen selbst während der Ausführung und vor Vollendung des Werks (J. W.-Schr. 1906, S. 111, Nr. 10, dagegen RG., Bd. 64, S. 43)[1]).

1. Er kann hiernach deren Beseitigung verlangen, wenn sie nicht einen unverhältnismässigen Aufwand erfordert, oder bei Verzug des Unternehmers hierbei sie selber beseitigen und Ersatz seiner erforderlichen Aufwendungen beanspruchen[2]).

2. Die Abnahme eines mangelhaften Werks ist er ferner zu verweigern berechtigt (§ 640 BGB.), nach § 320 BGB. steht es ihm auch frei, die Einrede des nicht erfüllten Vertrags zu erheben oder den Anspruch auf Lieferung eines anderen mangelfreien Werks geltend zu machen, es sei denn, dass dessen Wert oder Tauglichkeit nur unerheblich gemindert ist (vgl. die Analogie aus § 634 Abs. 3 BGB.)[3]).

3. Mit diesen Ansprüchen kann sich der Besteller begnügen[4]). Hat er jedoch dem Unternehmer zur Beseitigung eines Mangels der im § 633 bezeichneten Art eine angemessene Frist[5]) gesetzt mit der Erklärung, dass er nach deren Ablauf die Beseitigung ablehne, so sind ihm nach fruchtlosem Ablauf — der

---

[1]) Oertmann, Anm. 2a zu § 433. — A. A. Schoeller bei Gruchot, Bd. 46, S. 257. — J. W.-Schr. 1904. S. 2337.

[2]) Die Frage, ob trotz Unmöglichkeit der Erfüllung die Leistungspflicht fortbesteht, ist hier nicht zu erörtern, s. Oertmann, Anm. 4 zu § 275 BGB.

[3]) Oertmann, 2 h zu § 633 BGB. — Dagegen: Recht 1903, S. 361. — J.W.-Schr. 1904, S 233, Nr. 7. — Motive, Bd. 2, S 480 a. E.

[4]) Riezler, S. 44.

[5]) Seufferts Archiv 1904, Nr. 252.

Anspruch auf Beseitigung des Mangels ist jetzt ausgeschlossen — die Rechte der Wandlung oder Minderung gegeben, die ihm im Gemeinen Recht[1]) versagt waren (der Besteller hatte hier nur die Kontraktsklage auf Erfüllung, während dagegen das ALR. 1, 11 §§ 947 ff. ohne weiteres, d. h. ohne die erforderliche Fristsetzung, ein Recht auf Minderung oder Rücktritt gewährte). Die Geltendmachung dieser ädilicischen Rechtsmittel und der in § 633 gegebenen Befugnisse im Eventualverhältnis ist nicht verboten[2]). Der Besteller, der jedoch nach gesetzter Nachbesserungsfrist die Beseitigung des Mangels ablehnt und das Werk zurückweist, kann nicht mehr die bloss verzögerliche Einrede des nicht erfüllten Vertrags geltend machen, da er hierdurch die endgültige Regelung des Rechtsverhältnisses unmöglich macht[3]).

Eine etwa zu kurz bemessene Frist ist in soweit wirksam, als durch sie die wirklich angemessene Frist in Lauf gesetzt wird[4]). Auch das blosse Setzen einer „angemessenen" Frist ohne bestimmte Angabe ihrer Dauer ist dem Besteller gestattet[5]).

Der Bestimmung einer Frist bedarf es nicht, wenn die Beseitigung des Mangels unmöglich ist[6]), vom Unternehmer verweigert wird[7]), oder die sofortige Geltend-

---

[1]) Ehrenberg, S. 261, von Buchka, S. 132.

[2]) R-G. Bd. 58, S. 177.

[3]) R-G. Bd. 69, S. 383, Bd. 58, S. 175 f.

[4]) Bl. f. Rechtsanwendung, S. 55. A. A.: Crome § 151. — Vgl. über die umfangreiche Literatur Oertmann, Anm. 3 zu § 250 BGB.

[5]) Dernburg, Bd. 2, § 33, Nr. 4.

[6]) Dies ist nicht schon dann der Fall, wenn der Unternehmer berechtigt ist, die Beseitigung des Mangels nach § 635 Abs. 2 BGB. zu verweigern. Recht 1903, Nr. 936.

[7]) Auch ein Abhängigmachen der Lieferung von unzulässigen Bedingungen — z. B. Vorausbezahlung der Vergütung — ist hierher zu rechnen. (Rümelin S. 189 ff. — Staudinger zu § 635.)

machung des Anspruchs auf Wandlung oder Minderung sich durch ein sofortiges Interesse – das Werk soll z. B. zu einer fest bestimmten Zeit hergestellt sein, ‚Hochzeitskleid!' – des Bestellers rechtfertigt (§ 634 Abs. 2 BGB.). Bei Unerheblichkeit des Mangels ist die Wandlung, nicht aber die Minderung ausgeschlossen (vgl. dagegen § 459 Abs. 1 Satz 2).

Ist eine Eigenschaft ausdrücklich zugesichert, so wird im Zweifel ihr Fehlen erheblich sein. Sonst ist auch hier nur Minderung gegeben (vgl. dagegen § 459 Abs. 2).

Der Inhalt und die rechtliche Natur der beiden Ansprüche, auf die nach § 634 Abs. 4 BGB. die für den Kauf geltenden Vorschriften der §§ 465–467, 469–475 BGB. entsprechende Anwendung finden, ist im Rahmen der Arbeit nicht näher zu erörtern[1]).

4. Beruht der Mangel des Werks auf einem Umstande, **den der Unternehmer zu vertreten hat**, so kann der Besteller statt der Wandlung oder der Minderung Schadenersatz wegen Nichterfüllung verlangen (§ 635 BGB.).

---

[1]) Vgl. Motive, Bd. 2, S. 508. — Auch bei inmateriellen Werken ist meines Erachtens Wandlung und Minderung möglich, wenn auch die Gewinnung eines festen Massstabes für letztere oft schwierig sein wird. — Rümelin, S. 203 f.

Bei der Unmöglichkeit der Rückgewähr des hergestellten Werks ist hierfür der Wert zu vergüten (§ 346 Satz 2 BGB.). Da der Mangel nicht mehr beseitigt werden kann, bedarf es keiner Fristsetzung (§ 634 Abs. 2 BGB.). — Riezler, S. 122 ff.

B. Der Inhalt des Anspruches.

1. Seine subsidiäre Natur.

§ 6.

Schon das ALR. (1, 11 §§ 947, 951; 1, 5 §§ 318, 320) und das Gemeine Recht in Übereinstimmung mit den römischen Quellen[1]) gewährten dem Besteller bei Verschulden des Unternehmers einen Schadenersatzanspruch[2]).

Dieser Regelung ist das BGB. (vgl. Entwurf 1 § 569 Abs. 3, Entwurf 2 § 573, Reichst.-Vorl. § 625, Mot. 2 S. 481, Protokolle 2 S. 311, Denkschr. S. 125) insoweit gefolgt, als es den Schadenersatzanspruch aus Gründen praktischer Zweckmässigkeit statt der Wandlung oder Minderung, d. h. wenn deren Voraussetzungen vorliegen (Fristsetzung zur Beseitigung des Mangels, es sei denn, dass einer der Fälle des § 634 Abs. 2 gegeben ist)[3]), also subsidiär in zweiter Reihe dem Besteller verleiht[4]).

Dies ergibt sowohl der Wortlaut des § 635, wie sein unmittelbarer Zusammenhang mit § 634, der im ersten

---

[1]) Ehrenberg, S. 261. — von Buchka, S. 132. — Dernburg, Pand., § 113 Anm. 12.

[2]) ALR. 1, 11 § 947 ist in diesem Sinne auszulegen (Dernburg, Preuss. Privatrecht, § 200 Anm. 17).

[3]) Schöller bei Gruchot, Bd. 46, S. 253f. — Goldmann-Lilienthal zu § 635. — Mot., Bd. 2, S. 480 f.

[4]) A. A. Lotmar, a. a. O., S. 868 Anm. 1, der m. E. in dem Worte „statt“ nur das Verbot einer kumulativen Geltendmachung der Rechte aus § 634 und § 635 gegeben sehen will.

Entwurf durch Vereinigung beider Bestimmungen in § 569 ein noch engerer war[1]).

Hieraus folgt zugleich, dass die Rechte aus § 634 nicht kumulativ miteinander, sondern nur nebeneinander geltend gemacht werden können[2]). Erst der zweite Entwurf (vgl. Protokolle 2, S. 311) brachte dies dem ersten gegenüber zu schärferem Ausdruck[3]).

Bei Vorhandensein mehrerer Mängel kann daher der Besteller m. E. nicht wegen eines Mangels Schadenersatz verlangen und zugleich wegen eines anderen wandeln oder mindern (vgl. den in § 634 angeführten § 475)[4]).

Dagegen ist der Anspruch aus § 635 nicht etwa deshalb ausgeschlossen, weil der Mangel die Tauglichkeit nur unerheblich mindert. Wenn auch hier dem Besteller die Wandlung versagt ist (§ 634 Abs. 3), so kann er doch Minderung und an deren Stelle Schadenersatz wegen Nichterfüllung begehren[5]).

2. Das Verschulden.

§ 7.

Während den drei Ansprüchen auf Wandlung, Minderung oder Schadenersatz die Voraussetzung gemeinsam ist, dass sie erst nach der vergeblichen Aufforderung des Bestellers, den Mangel innerhalb einer angemessenen Frist zu beseitigen, geltend gemacht werden können — vgl. aber § 634 Abs. 2 — besteht ihr Unterschied darin, dass bei der Wandlung oder Minderung ein etwaiges

[1]) RG. 56, S. 81—83.

[2]) So ist auch Oertmann zu verstehen (Anm. 2 zu § 635). Vgl. insbesondere die Verweisung auf § 463 Anm. 5, der ebenfalls nur wahlweise, jedoch nicht subsidiär gegeben ist.

[3]) RG. 58, S. 178.

[4]) Sowohl auch Rechtsspr. OLG. Bd. 21, S. 207. — A. A. Planck zu § 635

[5]) Badische Rechtspraxis 1904, S. 311. — Motive, Bd. 2, S. 481.

Verschulden des Unternehmers gleichgültig erscheint, hingegen der Schadenersatz wegen Nichterfüllung dem Besteller nur zusteht, wenn der Unternehmer den Umstand, auf welchem der Mangel des Werks beruht, zu vertreten hat[1]).

1. Ein solches Verschulden liegt bei Vorsatz oder Fahrlässigkeit des Unternehmers vor, während nach der beim Kauf in Parallele stehenden Vorschrift des § 463[2]) nur arglistiges Verschweigen eines Fehlers beachtbar ist.

Auch in der Verletzung einer Mitteilungspflicht oder in der Unterlassung der Prüfung des vom Besteller gelieferten Stoffes, wenn eine solche nach den Umständen — er ist z. B. der allein Sachkundige — von ihm erwartet werden musste, liegt ein Verschulden des Unternehmers nach § 276[3]).

In Übereinstimmung mit der Regelung des Gemeinen Rechts bestimmt sich die Haftung für Gehilfen nach der Vorschrift des § 278[4]).

2. Das sogenannte „Garantieversprechen", durch welches sich der Unternehmer zu unentgeltlicher Mängelbeseitigung oder Leistung des Interesses — Schadloshaltung — verpflichtet[5]), auch wenn ohne sein Verschulden ein Fehler entstanden ist (Bruch der eingesetzten Uhrfeder[6]), stellt eine blosse Nebenabrede zum Werkvertrag dar, die als solche niemals Ansprüche nach § 635 erzeugt und deshalb m. E. nicht hierher

---

[1]) RG. 58, S. 178.

[2]) Da für den Käufer weder ein Recht noch eine Pflicht besteht, Nachbesserung der mangelhaften Sache zu verlangen (vgl. Schöller bei Gruchot, Bd. 46, S. 253 f.), ist hier eine dem § 634 entsprechende Fristsetzung nicht gegeben.

[3]) Goldmann-Lilienthal, Kommentar, S. 649 Anm. 23. — Recht 1909, Nr. 2384. — J. W.-Schr. 1906, S. 111. — Motive 2, S. 486.

[4]) Dernburg, Pand., § 38 Anm. 8.

[5]) Rechtsprechung OLG., Bd. 2, S. 478

[6]) Es sei denn, dass ihn der Besteller oder Dritte zu vertreten haben.

gehört, da sie das Gesetz nicht ausdrücklich erwähnt. (§ 463 Satz 1 arg. e contrario)[1][2].

Nur bei Verschulden liegt m. E. ein „vertretbarer" Umstand, der in § 635 erfordert ist, vor.

Bei Haftung ohne Verschulden spricht das Gesetz hingegen nur von einer „Verantwortlichkeit" oder einer „Verpflichtung zum Schadenersatz" usw. und vermeidet fast ausnahmslos den Gebrauch des Wortes „vertreten" (so §§ 31, 122, 179 Abs. 2, 231, 678, 701, 829, 831, 833, 835, 848, 904 BGB., § 456 HGB., §§ 717, 945 ZPO., dagegen wiederum §§ 278, 279 BGB.).

Entsprechend der Regelung in § 635 wird jedoch m. E. die obenbezeichnete Nebenabrede im Zweifel so aufzufassen sein, dass ihre aus ihr entspringenden Verpflichtungen nicht unmittelbar, sondern nur bei Vorliegen der Wandlung oder Minderung – also erst in zweiter Reihe gegen den Unternehmer geltend gemacht werden können[3].

Hervorzuheben ist noch, dass in einer blossen Zusicherung[4] oder etwa dem Nachrühmen oder der „Angabe" von bestimmten Eigenschaften des Werks ein Garantieversprechen nicht zu erblicken ist[5]. Anderer-

[1] Der § 635 enthält dem § 463 gegenüber eine Beschränkung, keine Erstreckung! So RG. 58, S. 178 f. (vgl. dagegen Rechtspr. OLG., Bd. 7, S. 479).

[2] So Lotmar, a. a. O., S. 667 und Goldmann-Lilienthal, Anm. 2 zu § 635. — Dagegen die herrschende Meinung: Staudinger zu § 635. — Oertmann, Anm. B zu § 635. — Riezler, S. 104. — Recht 1903, S. 251. — Blätter für R.-Anwendung, Bd. 71, S. 502. — RG. 58, S. 178 ff. und 71, S. 174. — Mot., Bd. 2, S. 481. — Witkowski in der Dt. J.-Ztg. 1909, S. 1488 a. E.

[3] Über die Verjährung der Ansprüche beim Garantievertrag s. Kapit. C.

[4] Bei § 463 begründet das Fehlen einer bloss zugesicherten Eigenschaft bereits eine Schadenersatzverpflichtung.

[5] RG. 58, S. 180, Stammler, Der Garantie-Vertrag i. Arch. f. Ziv.-Pr., Bd. 69, S. 11 ff., S. 124. — A. A.: Crome, System, S. 684, Anm. 37 und Part. R.-Geschäfte, S. 288.

seits ist die Übernahme einer bedingten Schadenersatzverpflichtung für das Vorliegen des Begriffs nicht erforderlich.

3. Die Stellung zu den allgemeinen Vorschriften.

§ 8.

1. Die Folgen der Mangelhaftigkeit der Leistung des Unternehmers sind grundsätzlich in den §§ 635, 634 selbständig bestimmt.

Um das Rücktrittsrecht des Bestellers nicht ungebührlich zu beschränken, hat das BGB. es vermieden, unmittelbar die bei der Nichterfüllung aus gegenseitigen Verträgen überhaupt sich ergebenden Folgen eintreten zu lassen, und auch die noch näher liegende entsprechende Anwendung der Haftung des Verkäufers abgelehnt im Hinblick auf die Schwierigkeit, beim Werkvertrag zwischen dem Mangel einer zugesicherten oder einer anderen Eigenschaft zu unterscheiden [1]). Vor allem aber ist das BGB. den beiden erwähnten Vorbildern nicht gefolgt, weil es dem Besteller in erster Reihe nur das Recht auf Beseitigung des Mangels einräumen wollte, um möglichst dem Unternehmer Gelegenheit zu geben, das wirtschaftlich meistens für ihn unnütze Werk verbessern und noch abliefern zu können.

Von diesem Gesichtspunkte aus und besonders im Hinblick auf die kurze Verjährung des § 638 ist daher eine konkurierende Anwendung allgemeiner Vorschriften über vertragswidriges Verhalten mit dem Anspruch aus § 635, wenn ein solcher überhaupt vorliegt [2]),

---

[1]) Vgl. § 463 BGB. — Riezler 111. — Motive, Bd. 2, S. 478 ff.

[2]) Dies ist z. B. auch der Fall, wenn während der Ausführung des Werks ein verschuldeter Mangel hervortritt. (Einsturz eines Neubaues) — So RG. J. W.-Schr. 1906, S. 111, Nr. 10. Dagegen: RG. 62, S. 120 ff., 64 S. 43.

ausgeschlossen [1]), wenn nicht das ganze Gewährleistungsrecht [2]) des Werkvertrags illusorisch werden soll [3]).

Unbeachtlich ist daher, wenn dem Besteller ein Schadenersatzanspruch nach § 635 zusteht [4]), ein Verzug des Unternehmers in der Beseitigung des Mangels [5]) (§ 633 Abs. 2).

Seine Folgen bestimmen sich nicht nach den allgemeinen Vorschriften der §§ 286 ff., 326, sondern allein nach § 635 BGB.[6]) Die Absicht einer solchen speziellen Regelung ist aus dem Fehlen einer Verweisung auf die allgemeinen Rechte des Bestellers bei Verzug, wie sie tatsächlich in § 636 Abs. 1 Satz 2 BGB. mangels einer dort getroffenen Sonderbestimmung erfolgt ist, zu entnehmen. Zu betonen ist, dass ein Verzug in der Beseitigung des Mangels überhaupt nur dann vorliegen kann, wenn die an und für sich noch mögliche Nachbesserung vom Unternehmer verweigert, oder die sofortige Geltendmachung der Ansprüche des

---

[1]) Die Geltendmachung eines etwaigen Anspruches aus unerlaubter Handlung im Eventualverhältnis mit dem Schadenersatzanspruch aus § 635 ist zulässig. — RG. 64, S. 41. — J. W.-Schr. 1906 S. 111, Nr. 10.

[2]) Schöller, Bd. 46, S. 256 ff. — Goldmann-Lilienthal zu § 638. — Crome, Syst., S. 448, Anm. 33. — Kalthoff, S. 56. — J. W.-Schr 1904, S. 223, Nr. 7 und 1910, S. 146, Nr. 6.

[3]) Die Frage, ob neben den Ansprüchen auf Wandlung und Minderung die allgemeinen Regeln der Schuldverhältnisse in Betracht kommen, ist hier nicht zu erörtern.

[4]) RG. 58, S. 188. — Dagegen: Dernburg, Bd. 2, S. 438. — Riezler, S. 111 ff. — Kuhlenbeck zu § 633, Anm. 2. — Rechtsprechung der OLG., S. 79. — Unbestimmt: Rümelin, S. 182.

[5]) Ein Verzug in der Herstellung kommt nicht nach § 635, sondern nach § 636 in Frage. (Vgl. hierzu die Entscheidung des RG. in Bd. 58, S. 179 und 180.) — Schöller bei Gruchot, Bd. 46, S. 30 ff.

[6]) So ist wohl auch Entsch. RG. 58, S. 179 f. zu verstehen. Ferner: Anm. 1c zu § 635 und 2c zu § 633. — Dagegen: Rechtspr. OLG., Bd. 21, S. 207.

Bestellers durch ein besonderes Interesse gerechtfertigt wird (§ 634 Abs. 2). Denn in allen anderen Fällen, die zur Entstehung der Ansprüche auf Wandlung, Minderung oder Schadenersatz das Setzen einer angemessenen Frist zur Voraussetzung haben (§ 634 Abs. 1), ist nach deren fruchtlosem Ablauf der Anspruch auf Beseitigung des Mangels ausgeschlossen (§ 634 Abs. 1 letzter Satz), ein Verzug also begrifflich undenkbar.

Einen Anspruch nach § 635, neben dessen Sonderregelung die allgemeinen Vorschriften der §§ 325, 326, nicht in Betracht kommen, erzeugt ferner die schuldhafte Nichterfüllung der Verpflichtung des Unternehmers, den Mangel des Werks zu beseitigen, die als eine besondere Form der Mängelhaftung weitere selbständige Rechte des Bestellers (§§ 323 ff.) nicht zur Entstehung gelangen lässt. Denn sonst wäre es trotz einer Verjährung der Gewährleistungsansprüche dem Besteller möglich, gegen den auf Beseitigung des Mangels verurteilten Schuldner Rücktritts- oder Schadenersatzansprüche[1]) nach §§ 325 Abs. 2, 283 BGB. geltend zu machen[2]).

2. Wenn auch ein vertraglicher Schadenersatzanspruch des Bestellers gegen den Unternehmer, der einen Mangel des Werks verschuldet hat, meistens in der Vorschrift des § 635 seine Grundlage finden wird, ist andererseits in manchen Fällen deren Anwendung ausgeschlossen, so z. B. wenn die Nebenabrede einer Garantieübernahme besteht.

Mangels einer Sondervorschrift müssen daher die aus allgemeinen Grundsätzen sich ergebenden Vorschriften zur Anwendung gelangen (§§ 276, 323 ff.).

---

[1]) Siehe insbes. Schöller, a. a. O., Bd. 46, S. 255 ff. — Dagegen: Motive, Bd. 2, S. 482, 487.

[2]) Auch die Einrede des nichterfüllten Vertrags wird m. E. nach der Tendenz des Gesetzes von der Verjährung betroffen. — A. A. Oertmann, Anm. 4 zu § 638.

Mit anderen Worten: der § 635 schliesst nicht alle Fälle ein, in denen für den Besteller gegen den schuldhaften Unternehmer ein vertraglicher Schadenersatzanspruch Platz greift[1]).

4. Die Mittelbarkeit und Unmittelbarkeit des Schadens.

§ 9.

Nach der Ansicht des Reichs-Gerichts hat der Besteller gegen den Unternehmer Rechte aus den allgemeinen Grundsätzen (§ 276 BGB.), nicht aber solche nach § 635, wenn die eingetretene Beschädigung aus der Beschaffenheit des gelieferten Werks nur mittelbar hervorgeht[2]).

Es sei anzunehmen, – so wird ausgeführt – dass für den durch § 635 gewährten Schadenersatzanspruch bei seiner Zusammenstellung mit den Forderungen auf Wandlung und Minderung, ebenso wie bei diesen, ein direkter Zusammenhang mit den beiderseitigen Leistungen aus dem Werkvertrag erforderlich sei, dass also der Schaden dem gelieferten Werk unmittelbar anhaften müsse. Er könne zugleich nur ein solcher sein, der für den Besteller in dem für den Beginn der kurzen Verjährung massgebenden Zeitpunkt der Abnahme oder Vollendung des Werks (§§ 638 Abs. 1 Satz 2 u. 646) erwachsen sei.

Das Vorliegen einer solchen Unmittelbarkeit des Schadens und hiermit eines Anspruchs nach § 635 müsse nun verneint werden[3]) bei Benutzung einer Grundstückstaxe durch den Besteller, die sich erst später als falsch herausstelle. Denn es handele sich hier um einen

[1]) So RG. 64, S. 43. – J.W.-Schr. 1906, S. 111, Nr. 10. — Ganz in der D. J.-Z. 1909, S. 1434. — RG. 71, S. 174.

[2]) RG. 64, S. 41 ff. u. 71, S. 173 ff. — Witkowski in der D. J.-Z. 1909, S. 1487 f.

[3]) RG. 64, S. 41.

Schaden, der mit der Fertigstellung und Ablieferung (Vollendung) des in Rede stehenden Werks, der Taxe, an und für sich nicht vorgelegen habe, vielmehr erst später mittelbar durch den Gebrauch des Taxinstruments eingetreten sei.

Dagegen handle es sich um eine Entstehung des Schadens ohne weiteres Mittelglied, wenn dem Besteller infolge mangelhafter Beschaffenheit einer ihm vom Unternehmer gelieferten und sofort in Gebrauch genommenen Trockenluft-Kühlanlage Fleisch verdorben sei[1]). Hier habe der beklagte Besteller, auch wenn er das nicht ordnungsmässig funktionierende Werk überhaupt nicht in Gebrauch genommen haben würde, bereits einen Schaden erlitten, dessen Ersatz er nach § 635 (§ 638) beanspruchen könne. Das Gebrauchen der Anlage mit dem bezeichneten Misserfolge bringe nicht den Anspruch selbst zur Entstehung, sondern gebe nur eine Grundlage für die Schadenberechnung.

1. Bedenken bei der Auffassung des RG. erweckt nun zunächst die Zusammenstellung des Schadenersatzanspruches mit den Forderungen auf Wandlung und Minderung.

Denn der Hinweis darauf, dass ihr angeblich direkter Zusammenhang mit den beiderseitigen Leistungen aus dem Werkvertrag eine wesentliche Voraussetzung ihrer Geltendmachung bilde, ist nur eine petitio principii.

Zudem ist das Wesen der ädilicischen Rechtsmittel von dem des Schadenersatzanspruches grundverschieden[2]). Weder stellt sich das Wandlungsbegehren als ein Teilschadenersatzanspruch dar (dem Kläger, der im Vorprozess die Wandlung gewählt hat, stehen Schadenersatzansprüche wegen Nichterfüllung des

---

[1]) RG. S. 174 ff., Bd. 71.
[2]) Ganz, D. J.-Z. 1909, S. 1435.

Werks nicht mehr zu, vgl. ROLG. Bd. 21, S. 207[1]), noch ist etwa die Minderung mit ihm identisch:

Während sich das Schadenersatzbegehren auf die Differenz des objektiven Werts der Leistung ohne Fehler und ihres objektiven Werts mit Fehlern richtet, ist bei der Minderung das versprochene Entgelt, das nicht immer mit dem objektiven Wert gleichbedeutend ist, verhältnismässig zu kürzen[2]).

2. Der Schaden, von dem § 635 handelt, kann, wie mit Recht das RG. hervorgehoben hat, nur ein solcher sein, der in dem für den Beginn der Verjährung nach § 638 massgebenden Zeitpunkt schon erwachsen ist. Denn nach dem Grundsatz des § 198 BGB. kann eine Verjährung des Anspruches vor seiner Entstehung nicht beginnen[3]).

Dass aber mit der Ablieferung einer falschen Grundstückstaxe (mit der Erteilung einer falschen Auskunft) ein Schaden bereits entstanden ist, wird meines Erachtens vom RG. zu Unrecht geleugnet. Der Besteller hat bereits eine Vermögenseinbusse erlitten, auch wenn er von der bezeichneten Taxe oder der ihm erteilten Auskunft – und ebenso von der fehlerhaften Kühlanlage – keinen Gebrauch macht.

Da beide für ihn meistens völlig wertlos sind, wird der Betrag seines Schadens gleich sein der Höhe des bezahlten Entgelts, falls letzteres dem objektiven Wert der Leistung von vornherein entsprochen hat.

Eine etwaige Gebrauchmachung, die dazukommt, bringt jedoch nicht etwa den Anspruch erst zur Entstehung, sondern gibt nur eine weitere Grundlage für

[1]) Dagegen sieht Josef in dem Verlangen des Schadenersatzes stillschweigend das Verlangen der Wandlung mit enthalten. Josef in der Rh. Z.-Schr. f. Zivil- u Prozessrecht, 1910.

[2]) Siehe § 472 BGB. und Rümelin, S. 191 ff.

[3]) A. A. Ganz, a. a. O.

die Berechnung des hiermit kausal entstandenen und meistens vergrösserten Schadens [1]).

3. Der Unterschied der beiden vom RG. behandelnden Fälle ist vielmehr darin zu erblicken, dass die bei der Vollendung der Grundstückstaxe bereits bestehende Mangelhaftigkeit erst erkennbar geworden ist, als der Besteller einen weiteren, mittelbaren Schaden erlitten hatte, während die Fehler der Kühlanlage unmittelbar nach ihrer Ablieferung entdeckt werden konnten.

Nach dem klaren Wortlaut des Gesetzes und der Motive ist nun im Interesse der Sicherstellung des Zwecks einer kurzen Verjährung eine Kenntnis oder Erkennbarkeit des Mangels für den Besteller ohne Einfluss [2]).

Eine Mittelbarkeit oder Unmittelbarkeit des entstandenen Schadens [3]) ist daher für die Anwendung des § 635 gleichgültig und ohne Belang [4]).

---

[1]) RG. 71, S. 176. — Oertmann, Anm. 4 c. Vorbem. § 249—54, Seite 28.

[2]) Siehe Motive, Bd. 2, S 239 und 486 ff., insbesondere 488 und 742 f, wo (in dem heutigen § 852) eine ausdrückliche Ausnahme von diesem Prinzip aufgestellt ist. — Oertmann, a. a. O., Anm. 2 zu § 477.

[3]) So im Endergebnis auch Ganz. — Desgl. ohne Begründung Friedländer, Kom. zur RAO., S 127. — Vgl. auch J. W.-Schr. 1905, S. 502. — Recht, 1907, S. 635. — Rechtspr., OLG., Bd. 17, Seite 426.

[4]) Die Berufung des RG. (Entscheidung in Bd. 64, S. 44) auf die Entscheidung in Bd. 58, S. 177, ist untunlich. Die erstere handelt von der Voraussetzung der Entstehung eines Anspruches nach § 635 überhaupt, letztere dagegen von dem Einfluss des entstandenen Schadenersatzanspruchs auf das Fortbestehen der beiderseitigen Leistungsverpflichtungen.

5. Der Umfang des Schadens und die Art seines Ersatzes.

§ 10.

1. Die Vorschrift des § 635 gibt dem Besteller nicht ohne weiteres und ohne Rücksicht auf die Erheblichkeit des Mangels einen Ersatzanspruch wegen vollständiger Nichterfüllung, sondern gewährt ihm an und für sich bloss einen solchen wegen des gerade durch die mangelhafte Leistung entstandenen Schadens. Nur unter der Voraussetzung, dass der Besteller kein Interesse hat, das Werk nebst Ersatz für den Mangel gegen Entrichtung der Vergütung als Teilleistung zu behalten, kann er (vgl. den Grundsatz des § 325 Abs. 1 Satz 2) vom Unternehmer das volle Erfüllungsinteresse beanspruchen [1]).

a) Für die gegenteilige Ansicht, nach der stets Schadenersatz wegen gänzlicher Nichterfüllung verlangt werden kann, lässt sich aus dem Ausdruck „Schadenersatz wegen Nichterfüllung", wo vielleicht der Gebrauch der Worte „Schadenersatz wegen Mangelhaftigkeit" angezeigter gewesen wäre, nichts entnehmen [2]). Dies folgt insbesondere aus § 280 Abs. 1 BGB. und m. E. aus § 325 Satz 1 BGB., wo unter Schadenersatz wegen Nichterfüllung nur ein solcher wegen teilweiser Nichterfüllung zu verstehen ist. Zudem hat das BGB. in § 280 Abs. 2 und § 325 Abs. 1 Satz 2 bei Vorliegen eines mangelnden Interesses an der Leistung des Schuldners die Wendung Schaden-

[1]) Kipp, Gutachten, S. 288 ff. — Oertmann, Anm. 2 b zu § 655. — Schöller, a. a. O, Bd. 46, S. 17, 255. — Rümelin, Dienst- u. Werkvertrag, S. 78 ff. — Recht, 1906, S. 858, Nr. 2095. — D. J.-Z., Bd. 7, S. 66. — Rechtspr. OLG, Bd. 4, S. 19 u 37. — RG, Bd. 59, S. 156 ff. — Unentschieden, RG., 58, S. 176 (vgl. S. 176 v. u., m. „mindestens"). — RG. 64, S. 44.

[2]) Kipp, a. a. O., S. 289. — RG. 52, S. 355 ff. für § 463.

ersatz wegen Nichterfüllung der ganzen Verbindlichkeit gebraucht, während nach der Ansicht des RG. der Ausdruck „Schadenersatz wegen Nichterfüllung“ hätte genügen müssen.

b) Die oben vertretene Ansicht entspricht dem Grundsatz des Gesetzes, eine chikanöse Behandlung des einen Teils ohne entsprechendes Interesse des anderen zu verhindern, der auch in § 634 Abs. 3 (Ausschluss der Wandlung bei nur unerheblichem Mangel des Werks) zum Ausdruck gekommen ist, während nach der gegnerischen Meinung jeder kleinste Mangel den Besteller zur Ablehnung des Werks mit dem Begehren des vollen Erfüllungsinteresses berechtigte. Ein solches Verlangen wäre mit Treu und Glauben nicht vereinbar[1]).

c) Dem Besteller, mag er einen Ersatzanspruch wegen völliger oder teilweiser Nichterfüllung geltend machen, ist jeder positive Schaden zu ersetzen, der mit dem Mangel in ursächlichem Zusammenhange steht, so der Verlust von gelieferten Stoffen, die Nichtbenutzbarkeit des Werks bis zur Ablieferung infolge von Nachbesserungsarbeiten, sowie der entgangene Gewinn[2]).

2. Die Art des Schadenersatzes vollzieht sich mangels besonderer Vorschriften nach den allgemeinen

---

[1]) So auch RG. 69, S. 382. — Dagegen Josef, a. a. O., der bei seinen gegen diese Entscheidung gerichteten Angriffen § 634 Abs. 3 völlig übersieht und daher m. E. zu dem unrichtigen Ergebnis gelangt, dass das Begehren des Schadenersatzes nach § 635 stets das Begehren der Wandlung als das „Mindere“ in sich schliesst. Der Schadenersatz ist der Wandlung gegenüber jedoch m. E. nicht etwas „Grösseres“, sondern nur etwas Anderes. — Vgl. § 459 Abs. 1 Satz 2 und § 468 BGB., ferner Kipp, a. a. O., S. 291 ff. — Oertmann, Anm. 2 b zu § 635.

[2]) J. W.-Schr., 1910, S. 140, Nr. 6. — Recht, 1910, Nr. 678. — Lotmar, a. a. O., S. 667.

Bestimmungen der §§ 249 ff.: Der Unternehmer hat grundsächlich den Zustand, der bestehen würde, wenn der zum Schadenersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre, herzustellen, es sei denn, dass die Naturalrestitution nur mit unverhältnismässigen Aufwendungen möglich ist. Statt der Herstellung kann der Besteller den dazu erforderlichen Geldbetrag verlangen, soweit sie nicht möglich oder zu seiner Entschädigung nicht genügend ist. Hiernach wird der Schadenersatz wegen Nichterfüllung meistens, wenn auch nicht ausschliesslich, in Geldersatz bestehen[1]).

Die entgegengesetzte Ansicht, nach der die Anwendung des § 249 Satz 1 ausgeschlossen ist, und die von vornherein den Schadenersatzanspruch ausschliesslich auf das Geldinteresse gerichtet sein lässt, beruht auf der Erwägung, dass ein solcher (Natural-) Erfüllungsanspruch mit dem Erstattungsanspruch, an dessen Stelle er trete (der Anspruch auf Erfüllung ist ausgeschlossen, § 634 Abs. 1 Satz 2, dagegen wiederum § 634, Abs. 2), unzulässigerweise identisch sein würde[2]).

In Wirklichkeit weisen jedoch beide erhebliche Verschiedenheiten auf:

Bei dem Erstattungsanspruch kann z. B. der Besteller dem Unternehmer eine Frist zur Herstellung nach § 250 bestimmen und nach ihrem fruchtlosen Ablauf Entschädigung in Geld verlangen, ohne den Umweg des § 283 beschreiten zu müssen, auch der Umfang des Erstattungsanspruches ist ein anderer, da er auf Er-

[1]) Kipp, a. a. O., S. 255 ff. — Mayr, a. a. O., S. 195. — Planck zu § 280, Anm. 3.

[2]) Schollmeyer, S. 203. — Staudinger, Vorbem. 1 c vor § 249. — Schöller, Bd. 44, S. 607, Bd. 45, S. 530 ff., Bd. 46, S. 1, Anm. 1. — Binder, Beiträge, S. 44. — Oswalt, D. J.-Z, S. 214. Motive, Bd. 2, S. 54. — Dagegen nimmt Oertmann eine vermittelnde Stellung ein, s. Anm. 3 d zu § 249, Anm. 4 zu § 275.

füllung und zugleich Schadenersatz wegen verspäteter Erfüllung gerichtet ist[1]).

Die Art des Schadenersatzes wegen Nichterfüllung nach § 635 ist daher nicht eine Ausnahme von dem Grundsatze der an erster Stelle stehenden Naturalrestitution[2]).

6. Die Verpflichtung des Bestellers.

§ 11.

Hat der Besteller nach dem Gesagten gegen den Unternehmer nur einen Schadenersatzanspruch wegen teilweiser Nichterfüllung, so bleibt er selber zur Entrichtung der vereinbarten Vergütung verpflichtet. Dies wird nirgends bestritten.

Um so schwieriger ist dagegen die Beantwortung der Frage, ob der Besteller, der wegen mangelnden Interesses an der Teilleistung das volle Erfüllungsinteresse vom Unternehmer begehrt, auch Zug um Zug seine eigene vertragsmässige Leistung bewirken muss, oder sie zu unterlassen berechtigt ist.

Da hierüber die besondere Vorschrift des § 635 (vgl. ebenso für die anderen Vertragstypen §§ 440, 463, 480, 538) nichts enthält, muss auf den im Titel über die gegenseitigen Verträge grundsätzlich geregelten Begriff des Schadenersatzes wegen Nichterfüllung zurückgegriffen werden[3]).

Zwei Meinungen stehen sich hier schroff gegenüber:

---

[1]) Oertmann, Anm. 3d zu § 250. — Planck, Anm. 2 zu § 179.

[2]) Der Fall der Ersatzart, wenn der Unternehmer mit der Herstellung in Verzug geraten ist, bedarf hier keiner Behandlung (§§ 286, 636).

[3]) Mayr, Gutachten, S. 168.

Nach der sogenannten Austausch- oder Surrogationstheorie[1]) tritt der Schadenersatz wegen Nichterfüllung lediglich an die Stelle der ursprünglichen Leistung des Schuldners (Unternehmers), ohne den Bestand des gegenseitigen Vertrags im übrigen zu berühren. Die Verpflichtung des nicht säumigen Gläubigers (Bestellers) zur Leistung dauert fort, für sie haften etwaige Bürgen und Pfänder, und die Vorschriften der §§ 323 ff. finden – unbeschadet der Einrede des nichterfüllten Vertrags – auf sie Anwendung. Selbst wenn der Wert der Gegenleistung den des Schadenersatzes übersteigt, bleibt der Gläubiger zur Entrichtung der Vergütung verpflichtet und muss, wenn seine Gegenleistung in Geld besteht, gegebenenfalls den Mehrwert dem Schuldner herausgeben. Das etwa von ihm Geleistete kann der Gläubiger nicht mehr zurückfordern.

Hiernach ist der Schadenersatz lediglich Surrogat für die Leistung des schuldigen Teils.

Die Differenztheorie verwandelt dagegen den ganzen gegenseitigen Vertrag in einen ihn unmittelbar berührenden Schadenersatzanspruch des Gläubigers gegen den Schuldner[2]). Der Ersatzpflichtige kann aus dem Rechtsverhältnisse nichts mehr fordern, da die

---

[1]) Ihr schliessen sich an insbesondere: Mayr, Gutachten, S. 176 ff. — Planck, § 325, Bem. 3a. — Schollmeyer, zu § 325. — Kisch in Jehrings Jahrb., Bd. 44, S. 38. — Oertmann, § 325, Bem. 1. — Dernburg, Bürg. R., Bd. 2, § 98 V. — Endemann, § 125, Anm. 42. — Adler, in Kohlers Archiv, S. 139 f., sowie die überwiegende Literatur. — Eine Übersicht gewährt RG. 50, S. 263, und Hofmockel in Soufferts Blätt. f. RA. 1906, S. 77 ff. — Unentschieden im wesentlichen: der 27. Dt. Juristentag, Bd. 4, S. 112 ff.

[2]) Ihr folgt das RG., Bd. 50, S. 262 ff., Bd. 58, S. 178 f., Bd. 69, S. 385 f. und insbesondere Schöller, a. a. O. — Förtsch, D. J.-Z. 1902, S. 64 ff. — Staffel, i Arch. f. Z.-Pr., Bd. 92, S. 468. — Rechtspr. OLG., Bd. 2, S. 127. — Recht 1905, S. 545. — Vermittelnd Kipp, i. d. Verhdl. des 27. D. J.-Tages, Bd. 1, S. 249 ff.

Verpflichtung der gegnerischen Partei erloschen ist, und sich der ganze Vertrag nur auf das Recht und die Pflicht zum Schadenersatz konzentriert. Die bedungene Vergütung bildet nur einen Abzugsposten für die Höhe der dem Gläubiger zustehenden Ersatzforderung, sodass in dem für den Schuldner günstigsten Falle er seinerseits nicht zur Zahlung zu verurteilen ist, ohne je einen Überschuss des Lohnes über den Schaden fordern zu können (es sei denn, dass ein vom Besteller bei der Mangelhaftigkeit des Werkes zu vertretender Umstand mitgewirkt hat)[1]), während der Gläubiger einen den Schadenersatz etwa übersteigenden Mehrwert nicht herauszugeben braucht.

Bürgen und Pfänder werden frei, und der Anspruch des Gläubigers untersteht nicht den Normen der §§ 323 ff.[2]).

Hat der Gläubiger seine Leistung ganz oder zum Teil bereits an den Schuldner bewirkt, so besitzt dieser sie ohne rechtlichen Grund und ist nach §§ 812 ff. zur Herausgabe verpflichtet[3]).

Der Schadenersatz geht hiernach auf Zahlung der Differenz zwischen dem Wert beider Leistungen.

Praktisch zu demselben Ergebnis gelangen beide Meinungen für den Fall, dass Leistung und Gegenleistung wegen ihrer Gleichartigkeit einander aufrechenbar gegenüberstehen. Notwendig ist dies jedoch nicht, — vgl. § 406 BGB. u. Ausschluss der Aufrechnung überhaupt! — z. B. der Besteller verlangt Naturalherstellung, oder die Vergütung des Unternehmers besteht nicht in Geld, sondern in einer Quote des Ertrags, Gewährung von

---

[1]) Über dieses unbegründete Zugeständnis an die Surrogationstheorie s. RG. 69, S. 384 a. E.

[2]) Gegen diese Folgerung Kipp, a. a. O., S 293.

[3]) Schöller, Bd. 43, S. 633. — Mayr, S. 170.

Unterhalt, Einräumung von Rechten, Versprechen der Herstellung eines anderen Werkes usw.[1]).

Schuldet ferner der Besteller eine bewegliche Sache als Vergütung, so kann er sie für den Fall des meistgegebenen Annahmeverzuges des Unternehmers (§ 298 BGB.) nach § 383 versteigern lassen, ohne dass auch hier eine praktische Verschwiegenheit der beiden nach den oben bezeichneten Theorien eintretenden Folgerungen sich ergibt[2]).

Für den hiernach seltenen Fall einer eigentlichen Divergenz bedarf es nichtsdestoweniger einer Stellungnahme.

Verfasser schliesst sich der Surrogationstheorie an.

1. Gegen sie spricht zunächst nicht der historische Zusammenhang des BGB. mit den Bestimmungen des alten Handels-Gesetzbuches über den Kauf und ihre Entstehungsgeschichte im neuen Handels-Gesetzbuch[3]).

a) Zunächst ist hier eine Analogie überhaupt unbehelflich. Denn der in §§ 323 ff. geregelte Begriff des Schadenersatzes wegen Nichterfüllung bezieht sich nicht bloss auf die Ausnahmebestimmung des Kaufes, sondern findet allgemein und auf die einzelnen Vertragstypen gleichmässig Anwendung.

b) Ferner ist zudem die Auslegung des alten Handels-Gesetzbuches im Sinne eines Vorbildes der Differenztheorie keineswegs sicher.

c) Auch die bei der Streichung des Artikel 354 (Selbsthilfeverkauf auf Rechnung des Käufers) seitens der Redaktoren des neuen Handels-Gesetz-

---

[1]) Crome, part. R.-Geschäfte, S. 26, 252. — Riezler, S. 37.

[2]) Götte, D. J.-Z., Bd 4, S. 399.

[3]) Mayr, a. a. O., S. 171 ff. — Kaufmann, D. J.-Z., Bd. 4, S. 152. — Kisch, a. a. O., S. 139. — Prot., Bd. 1, S. 634, 639. — Dagegen RG, Bd 50, S. 262 ff. — Schöller, a. a. O. — Binder, Beiträge, S 45. — Rechtspr. OLG., Bd. 4, S. 16 ff.

buches an den Tag gelegte Ansicht, dass das BGB. sich der Differenztheorie angeschlossen habe, hat nicht einmal Bedeutung für die Auslegung des HGB., geschweige für die des BGB., solange eine solche Auffassung im Gesetz keinen tatsächlichen Ausdruck gefunden hat.

2. Dies ist jedoch nicht der Fall. Für die Surrogationstheorie spricht vielmehr schon der Wortlaut des Gesetzes, das von einem Schadenersatz wegen Nichterfüllung der (ganzen) **Verbindlichkeit** – d. h. einer besonderen Art der Erfüllung, Mayr, S. 183 – nicht von einer solchen des **Vertrages** spricht[1]).

3. Besonders innere Gründe rechtfertigen ferner die herrschende Meinung[2]):

a) zunächst die scharfe Ausprägung des Gegensatzes zwischen Rücktritt und Schadenersatz, der durch die Differenztheorie verwischt wird. Nach ihr würde Rücktritt einen Schadenersatz, der gleich Null ist, bedeuten, und ihm gegenüber nur ein „Weniger", nicht ein „Anderes" sein.

Das dem Gläubiger vom Gesetz gegebene Wahlrecht, das dann nur ein solches im Sinne von „Mehr" oder „Weniger" darstellte, hätte hiernach keinen Sinn[3]).

b) Wählt der Gläubiger vielmehr anstatt des Rücktritts das Erfüllungsinteresse, so muss er es sich gefallen lassen, dass er seine Gegenleistung für eine andere als die ursprünglich geschuldete Leistung „aufopfert". Er kann den Schadenersatz nur gegen sein Entgelt erkaufen und ihn nur

---

[1]) Mayr, a. a. O., S. 177 ff. — Dagegen RG., Bd. 50, S. 262 ff. und Schöller, a. a. O.

[2]) Mayr, a. a. O., S. 177, 178 ff. — Motive, Bd. 2, S. 210 f. — Dagegen Schöller, Bd. 46, S. 641, Anm. 11. — RG. 56, S. 266 f. — Kipp, S. 261 f.

[3]) Oertmann, Anm. 1c zu § 325.

unter den gleichen Voraussetzungen beanspruchen, wie die ursprüngliche Leistung selbst[1]).

c) Ferner zieht die Unmöglichkeit, die Gegenleistung fehlerfrei zu erlangen, mangels einer ausdrücklichen gesetzlichen Bestimmung nicht ein Erlöschen oder eine Änderung des Schuldverhältnisses nach sich, wie dies die Differenztheorie behauptet[2]).

d) Auch das Zugeständnis der Gegner, die Regelung des Schadenersatzes wegen Nichterfüllung beim Kauf- und Werkvertrag lasse sich nur mit der Austauschtheorie vereinigen, „da hier der Begriff ein anderer sei", — während sonst immer die Einheitlichkeit seiner Regelung im BGB. und HGB. betont wird — spricht für die hier vertretene Auffassung[3]).

3. Etwaige Schwierigkeiten, die sich für beide Teile unter Umständen aus der Anwendung der Surrogationstheorie ergeben können, werden Erwägungen aus dem Begriffe des Schadens heraus oder die Heranziehung von Treu und Glauben (§ 242 BGB.) beseitigen[4]).

---

[1]) Kisch, a. a. O. — Dagegen Staffel, a. a. O., S. 468 und insbesondere Schöller.

[2]) Mayr, a. a. O., S. 180 ff.

[3]) Mayr, a. a. O., S. 198. — Schöller, Bd. 46, S. 18 ff., 254 ff. — Kipp, S. 288.

[4]) Vgl. insbes. die Verhandl. d. 27. Dt. J.-Tag. Bd 4, S. 145 ff. — Oertmann, 1c zu § 325.

C. Die Verjährung und der Fortfall des Anspruchs.

§ 12.

1. Mit Rücksicht darauf, dass ein Zurückgreifen auf Mängel des Werks wegen der Schwierigkeit ihrer Feststellung nach Verlauf längerer Zeit für den Verkehr eine hemmende und lästige Schranke bedeuten würde, hat das Gesetz die Ansprüche des Bestellers auf Wandlung, Minderung, Schadenersatz sowie auf Beseitigung des Mangels einer Verjährung von sechs Monaten – bei Bauwerken wegen der sich hier zeigenden Besonderheiten von fünf Jahren – unterstellt[1]).

Sie beginnt mit der – möglicherweise auch im Wege der Zwangsvollstreckung herbeigeführten – Abnahme des Werks oder seiner Vollendung im Falle des § 638[2]). Bei arglistigem Verschweigen des Mangels behält es bei der gewöhnlichen Verjährungsfrist des § 195 sein Bewenden.

Ein solches liegt insbesondere dann vor, wenn der Unternehmer der Entdeckung des Mangels entgegengewirkt oder den Besteller hierbei in Sicherheit gewiegt hat, ist aber nicht notwendigerweise in jedem Verschweigen zu erblicken[3]).

Ist die Verjährung vollendet, so kann gemäss § 639 Abs. 1, § 479 der Anspruch auf Schadenersatz gegen-

---

[1]) Motive, Bd. 2, S. 486—489 u. S. 238. — Ganz, D. J.-Z. 1909, Seite 1435.

[2]) Über die Unterbrechung der Verjährung und die Erhaltung des Leistungsverweigerungsrechts, s. den in § 639 Abs. 1 entsprechend anwendbar erklärten § 477 Abs. 2 u. 3 und § 478, über ihre Hemmung § 639 Abs. 2. — Oertmann, Anm. 2a zu § 638.

[3]) Oertmann, Anm. 2 zu § 443.

über dem Anspruch auf die Vergütung[1]), dem er einmal bereits aufrechenbar gegenübergestanden haben muss, nur aufgerechnet werden, wenn der Besteller vorher eine zur Wahrung seiner Rechte nach § 478 geeignete Handlung vorgenommen hat. Nach dem gegenteiligen Grundsatz des § 390 könnte sonst der Besteller noch nach langer Zeit mit Ersatzansprüchen hervortreten und hierdurch den Zweck der kurzen Verjährung vereiteln. Die bezeichnete Beschränkung tritt jedoch nicht ein, wenn der Unternehmer den Mangel arglistig verschwiegen hat. Die Verjährungsfrist kann entgegen dem Grund des § 225 durch Vertrag verlängert werden, jedoch nicht über die dreissigjährige Frist hinaus, da eine solche Erstreckung ihrem gänzlichen Ausschluss gleichzuachten sein würde[2]).

Auch aus einem Garantieversprechen wird oft eine solch gestattete vertragsmässige Verlängerung zu entnehmen sein. Die Verjährung beginnt dann innerhalb der Garantiefrist mit dem Hervortreten des Mangels, nicht etwa erst nach ihrem Ablauf, da hiermit dem Bedürfnis des Bestellers zur Geltendmachung seiner Rechte genügt ist[3]).

Dagegen ist eine stillschweigend vereinbarte Hinausschiebung der Verjährungsfrist mit Rücksicht auf den Ausnahmecharakter des § 638 Abs. 2 nicht zu unterstellen[4]).

2. Während nach dem Eintritt der Verjährung die Geltendmachung des an und für sich begründeten

[1]) Nicht gegenüber allen Forderungen des Bestellers; für die von der herrschenden Meinung vertretene Auffassung spricht insbesondere die Entstehungsgeschichte des § 479 (Denkschr. S. 64). — Dagegen Oertmann, Anm. 2 zu § 479.

[2]) Oertmann, Anm. 2b zu § 638.

[3]) Motive, Bd. 2, S. 241, S. 488. — Riezler, S. 129. — J. W.-Schr. 1908, S. 657, Nr. 6. — Recht 1903, S. 263. — Warneyer, Ergänzungs-Bd. 2, S. 19. — RG. 65, S. 119 ff.

[4]) Ganz, D. J.-Z. 1909, S. 1435 a. E. — Dagegen Recht, 1907, S. 635.

Schadenersatzanspruchs erst an dem Leistungsverweigerungsrecht des Unternehmers scheitert, kommt er hingegen von vornherein in Wegfall durch den Abschluss einer Vereinbarung, nach der der Unternehmer nur zur Zurücknahme des Werks unter Verlust seines Rechts auf die Vergütung, nicht aber zum Schadenersatz verpflichtet ist[1]). Eine solche Vereinbarung, durch welche die Vertretungspflicht des Unternehmers erlassen oder beschränkt wird, ist nur in dem Fall nichtig, wenn der Unternehmer den Mangel arglistig verschweigt (§ 637, vgl. §§ 476, 540).

Durch ausdrücklichen oder stillschweigenden Verzicht (letzterer kann in der Unterlassung einer Prüfung des Werks, seines Weitergebrauchs usw. bestehen) können die Rechte des Bestellers ebenfalls erlöschen[2]).

Vorbehaltlose Abnahme des Werks trotz Kenntnis der Mängel zieht ebenfalls für den Besteller den Verlust seiner Ansprüche, §§ 633, 634 und 635, nach sich (§ 640 Abs. 2). Zwar bleibt nach dem Wortlaut der bezeichneten Vorschrift der nicht ausdrücklich genannte Schadenersatzanspruch bestehen[3]). Seine Auslassung beruht jedoch offenbar auf einem Redaktionsversehen[4]). Auch die Tendenz des Gesetzes, das im Interesse des Verkehrs für den gedachten Fall die nachträgliche gegen Treu und Glauben verstossende Verfolgung der Rechte aus §§ 633, 634 ausgeschlossen hat, trifft m. E. für den Anspruch nach § 635 in gleichem Masse zu und bewirkt seinen Fortfall[5]).

---

[1]) RG. 58, S. 177 f.

[2]) Oertmann, Anm. 6 zu § 640, Anm. 4 zu § 464. Hinwiederum RG. 71, S. 175 u. i. Sächs. Rpfl.-Arch. 1909, S. 260.

[3]) Dies nehmen an Oertmann, Anm. 6 zu § 640. — Titze, S. 304, Anm. 9 und Lotmar, a. a. O.

[4]) Goldmann-Lilienthal, S. 651, Anm. 33.

[5]) Vgl. Motive, Bd. 2, S. 229.

Literatur-Verzeichnis.

Adler: In Kohlers Archiv für Bürgerliches Recht, Bd. 17.
— In der Monatsschrift für Handelsrecht und Bankwesen, 1897.
Badische Rechtpraxis 1904, 1906.
Binder: Beiträge zur Auslegung des BGB., 1902.
Blätter für Rechtsanwendung, 1906.
Brunswig: Die vertragsmässige Haftung des Ratgebers, in Goldschmidts Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht, Bd. 56.
Buchka, v.: Vergleichende Darstellung des BGB. und des Gemeinen Rechts, 1908.
Cosack: Lehrbuch des Deutschen bürgerlichen Rechts, 1903.
Crome: System des Deutschen bürgerlichen Rechts, 1902.
— Die partiarischen Rechtsgeschäfte, 1897.
Dankwardt: In Jehrings Jahrbüchern, Bd. 13.
Denkschrift zum Entwurf eines BGB.
Dernburg: Pandekten, 1897.
— Lehrbuch des Preussischen Privatrechts, 1882.
— Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preussens, 1904.
Deutsche Juristenzeitung, 1899, 1902, 1904, 1909.
Eccius: In Gruchots Beiträgen zur Erläuterung des Deutschen Rechts, Bd. 43.
Ehrenberg: in Jehrings Jahrbüchern, Bd. 27.
Endemann: Einführung in das Studium des BGB., 1898.
Emerich: Kauf- und Werklieferungsvertrag, in Fischers Abhandlungen, Bd. 4.
Entscheidungen des Reichs-Gerichts in Zivilsachen, Bd. 50, 51, 53, 56, 58, 62, 64, 65, 69, 71.
Fischer: Der Schaden nach dem BGB., in Fischers Abhandlungen, 1904.
Förtsch: In der Deutschen Juristen-Zeitung, 1902.
Friedländer: Kommentar zur Rechtsanwalts-Ordnung, 1908.
Ganz: In der Deutschen Juristen-Zeitung, 1909.
Goldmann-Lilienthal: Das BGB., 1903.
Hachenburg: Dienst- und Werkvertrag im BGB., 1898.
Josef: In der Rheinischen Zeitschrift für Zivil- und Prozessrecht, 1910.
Juristische Wochenschrift 1903, 1904, 1905, 1906, 1908, 1910.

Kalthoff: Die Bestimmungen des BGB. über die Haftung des Verkäufers für Mängel der verkauften Sache, verglichen mit den Allgemeinbestimmungen über die Unmöglichkeit der Leistung, Freiburger Dissert., 1901.
Kipp: Gutachten in den Verhandlungen des 27. Deutschen Juristentages, Bd. 1, 1904.
Kisch: In Jehrings Jahrbüchern, Bd. 44.
Kleineidam: Unmöglichkeit und Unvermögen nach dem BGB., 1900.
Kuhlenbeck: Das BGB. für das Deutsche Reich, 1899.
Lehmann: Die Ausweitung der debitorischen Verzugswirkung bei gegenseitigen Verträgen, 1891.
Lotmar: Der Arbeitsvertrag, 1908.
Mayr, v.: Gutachten in den Verhandlungen des 27. Deutschen Juristentags, Bd. 2.
Motive zu dem Entwurf eines BGB., Bd. 2, 1888.
Oertmann: Das Recht der Schuldverhältnisse, 1906.
— Die Vorteilsausgleichung beim Schadenersatzanspruch.
Planck: Das BGB., 1897.
Protokolle zur Lesung des BGB., Bd. 2.
Recht: 1903, 1905, 1906, 1907, 1909, 1910.
Rechtsprechung der Oberlandesgerichte, Bd. 2, 4, 6, 7, 12, 17, 21.
Riezler: Der Werkvertag nach dem BGB., in Fischers Abhandlungen, Bd. 4.
Rümelin: Dienst- und Werkvertrag, 1905.
Sächsisches Archiv für Rechtspflege, 1909.
Schöller: In Gruchots Beiträgen, Bd. 44, 45, 46.
Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte, Bd. 59.
Seufferts Blätter für Rechtsanwendung, Bd. 72.
Staffel: Im Archiv für zivilistische Praxis, Bd. 92.
Stammler: Ebenda, Bd. 69.
Titze: Die Unmöglichkeit der Leistung, 1900.
Thur, v.: In der Deutschen Juristen-Zeitung, 1904.
Unger: Entscheidungen des Gewerbe-Gerichts Berlin, 1898.
Verhandlungen des 27. Deutschen Juristentags, Bd. 1, 2, 4, 1905.
Warneyer: Jahrbuch der Entscheidungen, Ergänzungsband 2.
Witkowski: Deutsche Juristen-Zeitung, 1909

Lebenslauf.

Am 14. Januar 1889 bin ich, Max Mannaberg, in Hirsingen (Ober-Elsass) als Sohn des Arztes Dr. Karl Mannaberg und seiner Frau Luise, geb. Ledermann, geboren. Ich bin preussischer Staatsangehöriger jüdischen Glaubens.

Meine Schulbildung habe ich auf der städtischen Volksschule und dem Königlichen katholischen Gymnasium in Gleiwitz erhalten, an dem ich Ostern 1907 die Reifeprüfung bestand.

Ich studierte 6 Semester Rechts- und Staatswissenschaften an den Universitäten München, Freiburg i. B., Berlin und Breslau.

Am 20. Oktober 1910 bestand ich am Königlichen Oberlandesgericht in Breslau die erste juristische Staatsprüfung und am 25. November 1910 vor der Hohen Juristischen Fakultät der Universität Breslau die Doktorprüfung.

Vom 11. November 1910 ab war ich bei dem Königlichen Amtsgericht in Freystadt Nd.-Schl. als Referendar im Vorbereitungsdienst beschäftigt, seit dem 11. August 1911 bin ich dem Königlichen Landgericht in Gleiwitz zur Ausbildung überwiesen.

Für die gütige Unterstützung bei der Abfassung meiner Dissertation spreche ich Herrn Professor Dr. Schott meinen besonderen Dank aus.